

WorkingPaper

ADAPT
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

La mora del creditore nel trasferimento di ramo d'azienda

Evoluzione giurisprudenziale sugli effetti
della sentenza dichiarativa del rapporto,
fra tutela del lavoratore, unicità della prestazione
e “doppia” retribuzione

Federico Avanzi
Consulente del lavoro

Working Paper n. 6

ABSTRACT

Il presente contributo si pone l'obiettivo di "ordinare" l'intricata sequenza giurisprudenziale e, con tutti i limiti del caso, favorirne linee di riflessione interpretativa, relativamente alla *vexata quaestio*, assolutamente attuale e tutt'ora in corso, degli "effetti" della mancata ed effettiva riammissione in servizio del lavoratore, pur a fronte di sua "notificata" disponibilità (*mora accipiendi o credendi*), nel periodo posteriore alla sentenza "dichiarativa" del rapporto.

In particolare, ci si occupa di declinare alle c.d. vicende "circolatore", quali le "fattispecie" di illecita interposizione e, soprattutto, di illegittima cessione di ramo d'azienda, il risalente principio secondo cui al datore di lavoro è inibita la facoltà di ridurre o sospendere – *id est* rifiutare – unilateralmente l'attività lavorativa e, specularmente, interdire la retribuzione, salva la prova a suo carico della impossibilità sopravvenuta, a norma degli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c. e fondata sull'inutilizzabilità della prestazione per fatti non addebitabili al

titolare del contratto, poiché non prevedibili, evitabili, o riferibili a carenze di programmazione, d'organizzazione aziendale, a calo di commesse, a crisi economiche/congiunturali o strutturali, e salvo comunque, un eventuale accordo tra le parti.

A tal fine, si darà conto, tentando di disvelarne gli aspetti "sommersi", della complessiva evoluzione del pensiero giurisdizionale, e delle sue "torsioni", incominciando dalla nota pronuncia a sez. un. n. 2990/2018, fondamento del "nuovo corso" esegetico della legittimità, passando per la "confermativa" sentenza della C. cost. n. 29/2019, fino a giungere all'avversatrice decisione del Trib. Roma n. 113/2021, quale ultima espressione delle "resistenze" interpretative, del merito, in argomento.

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- Genesi e finalità del *revirement* giurisprudenziale: la "persona" del lavoratore.
- L'interessenza esegetica delle pronunce nel rapporto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale.
- I giudizi della Cassazione, fra contrapposizioni e ulteriori approfondimenti interpretativi.
- Il "valore", nell'ordinamento, del nuovo "formante" giurisprudenziale.
- I punti chiave delle "obiezioni" sollevate dai giudici del merito.
- Riflessione consapevole dello "stato dell'arte" e possibili linee giuridiche di sviluppo.

IL MESSAGGIO

Nella relazione etero-diretta, il *genus*, "retributivo" o "risarcitorio", dell'obbligazione *di facere* non consentita dalla mancata cooperazione del datore di lavoro, è questione anticamente dibattuta. Per questo, la rilevante contesa giurisprudenziale in esame, pur con innegabili peculiarità legate alla concreta "fattispecie", offre la possibilità di investigare, riflettere e, forse, risolvere, numerosi aspetti della vicenda subordinata. Nel profondo, ma anche ampliando l'orizzonte, sembra dunque che la tutela giurisdizionale del lavoratore, inteso come "persona", si trovi d'innanzi all'ennesimo e dirimente punto di svolta.

Indice

1. L'intervento delle Sezioni Unite	4
1.1. Peculiarità e rilevanza	4
1.2. L'interpretazione costituzionalmente orientata.....	5
2. Il ruolo della Corte costituzionale	9
2.1. Gli interventi rilevanti	9
2.2. La sentenza n. 29.....	10
2.3. I termini della “non fondatezza”	11
3. Il “nuovo corso” della legittimità	12
4. La “rivolta” del merito.....	15
4.1. “Vincolo” o “Autorevolezza” del precedente	15
4.2. “Fronte” comune	16
4.3. “Natura” dell'obbligazione	17
4.4. La “doppia” retribuzione.....	19
Osservazioni conclusive	22

Il presente contributo si pone l'obiettivo di "ordinare" l'intricata sequenza giurisprudenziale e, con tutti i limiti del caso, favorirne linee di riflessione interpretativa, relativamente alla *vexata quaestio*, assolutamente attuale e tutt'ora in corso, degli effetti della mancata ed effettiva riammissione in servizio del lavoratore, pur a fronte di sua notificata disponibilità (*mora accipiendi o credendi*), nel periodo posteriore alla sentenza dichiarativa ⁽¹⁾ del rapporto.

In particolare, ci occuperemo di declinare nell'ambito delle c.d. vicende "circolatore" ⁽²⁾, quali le fattispecie di illecita interposizione e, soprattutto, di illegittima cessione di ramo d'azienda, il risalente principio ⁽³⁾ ⁽⁴⁾ secondo cui al datore di lavoro è inibita la facoltà di ridurre o sospendere – *id est* rifiutare – unilateralmente l'attività lavorativa e, specularmente, interdire la retribuzione, salva la prova a suo carico della impossibilità sopravvenuta, a norma degli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c. e fondata sull'inutilizzabilità della prestazione per fatti non addebitabili al titolare del contratto, poiché non prevedibili, evitabili, o riferibili a carenze di programmazione, d'organizzazione aziendale, a calo di commesse, a crisi economiche/congiunturali o strutturali, e salvo comunque, un eventuale accordo tra le parti.

A tal fine, si darà conto, tentando di disvelarne gli aspetti "sommersi", della complessiva evoluzione del pensiero giurisprudenziale, e delle sue "torsioni", incominciando dalla nota pronuncia a Sezioni Unite del 7 febbraio 2018, n. 2990, fondamento del "nuovo corso" esegetico della giurisprudenza di legittimità, passando per la "confermativa" sentenza della Corte costituzionale n. 29, del 28 febbraio del 2019, fino a giungere all'avversatrice decisione del Tribunale di Roma del 12 gennaio 2021, n. 113, quale ultima espressione delle "resistenze" interpretative, del merito, in argomento.

1. L'intervento delle Sezioni Unite

1.1. Peculiarità e rilevanza

Muovendo su questa linea, si può dapprima osservare che, anche per lo specialista, analizzare e comprendere a pieno la «complessa opera ricostruttiva» ⁽⁵⁾ della pronuncia n. 2990, risulta esercizio tanto essenziale quanto penoso, non solo in ragione dell'alta intensità giuridica del suo articolato iter motivazionale, ma anche, e soprattutto, per l'interessenza oltre il giudicato (come meglio si vedrà *infra*, § 2.1) consapevolmente voluta e, comunque, assunta dalla stessa.

⁽¹⁾ Invero, accertata giudizialmente l'assenza dei presupposti degli schemi negoziali formalmente adottati (es. contratto d'appalto o di cessione di ramo d'azienda), il rapporto sarà "dichiarato" – e non "costituito" – *ab origine* in capo al già, ma non più committente/cedente.

⁽²⁾ In gergo, con questo termine si identifica un rapporto di lavoro "sotteso" a "situazioni" (appalto, distacco, trasferimento d'azienda ecc.) caratterizzate da relazioni giuridiche circolatorie tra appaltatore/distaccante/cedente e committente/distaccatario/cessionario.

⁽³⁾ Fra le più remote, Cass. 7 maggio 1983, n. 3125; Cass., sez. un., 20 giugno 1987, n. 5454; Cass. 17 luglio 1990, n. 7302; Cass. 23 aprile 1992, n. 4856; Cass. 6 agosto 1996, n. 7194; Cass. 9 novembre 1998, n. 11263 e Cass. 16 ottobre 2000, n. 13742.

⁽⁴⁾ Si può dunque sostenere che nella relazione subordinata trovi applicazione la "versione" c.d. *inculpata* della mora, avvallata dalla giurisprudenza dominante e determinata dalla qualificazione della cooperazione del creditore in termini di "onere", non inquadrandosi la sua omissione nel concetto e nella disciplina dell'inadempimento. Pertanto, diviene irrilevante il profilo "colposo" della condotta omissiva del creditore, giustificato, in termini di "effetti" a tutela del debitore, solo da eventi eccezionali.

⁽⁵⁾ Così sarà definita da C. cost. 28 febbraio 2019, n. 29, *Considerato in diritto*, sub 5.

Invero, anche solo osservando la parabola della disputa giurisprudenziale in oggetto, si può avere immediata percezione di come essa assuma una traiettoria indirizzata verso più ampie funzioni del diritto del lavoro. Oltre a vertere principalmente sulla fattispecie del trasferimento del ramo d'azienda, essa infatti è stata imbastita sulla fattispecie di interposizione illecita di manodopera (oggetto del rinvio alle Sezioni Unite) ed è proseguita, già in motivazione, con una contrapposizione esegetica che ha toccato la disciplina dei licenziamenti e del contratto a termine. Ed effettivamente, nel riscontrare la questione circa «la natura retributiva o risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore, il quale, dopo la declaratoria giudiziale che ha accertato l'illecita interposizione di manodopera, offerte le proprie energie lavorative, non sia stato riammesso in servizio»⁽⁶⁾, il più alto organo di legittimità, fin dal principio, punta dritto verso un indirizzo sistematico, accogliendo l'istanza di rimessione nella quale viene osservato, preliminarmente, che le Sezioni Unite mai si erano pronunciate in ipotesi di «cessione di ramo d'azienda e di interposizione di mano d'opera, ma nemmeno, in generale, per le situazioni di fatto successive la sentenza»⁽⁷⁾.

Di tutta evidenza è il rilievo della questione essendo che, una volta esclusa la natura risarcitoria della richiesta di pagamento del lavoratore, non può nemmeno trovare applicazione il principio della *compensatio lucri cum damno*, su cui si fonda la detraibilità del contestato *aliunde perceptum*⁽⁸⁾.

Aspetto che, nelle fattispecie indagate, assume connotati del tutto particolari poiché il prestatore che, *ex tunc* e senza soluzione di continuità, ha ottenuto giudizialmente la continuazione del rapporto con il – a quel punto – disconosciuto “committente”/“cedente”, all'intimata⁽⁹⁾ – ma rifiutata – messa a disposizione delle proprie energie in favore di questi, ha continuato altresì ad affiancare, in un perfetto(?⁽¹⁰⁾) parallelismo spazio-temporale, la materiale esecuzione della prestazione nei confronti dei soggetti qualificati, in origine, in luogo di “appaltatore”/“cessionario”.

1.2. L'interpretazione costituzionalmente orientata

Prescindendo dai circoscritti effetti del dispositivo⁽¹¹⁾ – sul quale, comunque, si potrebbe discutere⁽¹²⁾ – e dando per assodata una certa conoscenza della “traversia” giuridica in esame,

⁽⁶⁾ Cass., sez. un., 7 febbraio 2018, n. 2990, *Fatti di causa*.

⁽⁷⁾ Ivi, *Ragioni della decisione*, sub 4.

⁽⁸⁾ Sul presupposto della “detraibilità” dell'*aliunde perceptum*, da ultimo, anche Cass. 23 febbraio 2021, n. 4891, *Considerato*, sub 9.

⁽⁹⁾ Sul punto, la giurisprudenza si limita a osservare che ai fini della *mora accipiendi* o *credendi*, la messa a disposizione delle energie lavorative del dipendente si realizza «mediante l'intimazione prevista dall'articolo 1217 c.c.» (cfr. Cass. n. 17784/2019, *Ragioni della decisione*, sub 6.3 e 6.4). Di conseguenza, fatta salva la natura “re-cettizia” dell'atto con cui il lavoratore deve esprimere la sua disponibilità, sembra potersi escludere la necessità di formule per così dire “sacramentali”.

⁽¹⁰⁾ Come si avrà modo di evidenziare in seguito, questo risulta il punto dirimente dell'intera vicenda in esame ossia stabilire se, nel caso di specie, vi sia, o meno, “unicità” di rapporto e, soprattutto, di prestazione.

⁽¹¹⁾ Invero, nel caso concreto, le Sezioni Unite, applicando la speciale disciplina dell'illecito appalto, *ex art. 29 comma 3-bis*, d.lgs. n. 276/2003 (che a sua volta richiama l'art. 27, comma 2, del medesimo decreto) «pur qualificando le somme dovute dal lavoratore come “retribuzione”, giungono alla stessa conclusione alla quale si perviene considerandole come “risarcimento del danno”». Così G. IANNIRUBERTO, *Sull'incoercibilità dell'ordine di costituzione del rapporto: quale tutela per il lavoratore?*, in *LDE*, 2018, n. 2, p. 7.

⁽¹²⁾ A ben vedere, come autorevolmente osservato, la normativa richiamata «lascia qualche perplessità, perché la norma sembra riferita alla fase precedente la sentenza, ed avere lo scopo di combinare il principio di retroattività

appare necessario focalizzare l'attenzione su di alcuni passaggi – di principio – del ragionamento in sentenza, i quali costituiranno, successivamente, in quella che definiremo, provocatoriamente, la “rivolta del merito”⁽¹³⁾, anche il fulcro delle contrapposte obiezioni.

In primo luogo, riscontrando le doglianze dei lavoratori ricorrenti verso le “ramificate”⁽¹⁴⁾ motivazioni della pronuncia di secondo grado, le Sezioni Unite, in perfetta aderenza con la dottrina che identifica la relazione subordinata il rapporto di lavoro subordinato in un contratto oneroso a prestazioni corrispettive⁽¹⁵⁾ a cui applicare le regole stabilite dal codice civile (in specie, artt. 1207 e 1453 c.c.) in materia di contratti in generale⁽¹⁶⁾, muovono dall'assunto che «la questione della natura, retributiva o risarcitoria, dei compensi richiesti dai lavoratori, a seguito della pronuncia [...] non può trovare una corretta soluzione in applicazione di principi affermatasi con riferimento ad altre fattispecie, con la conseguenza che in assenza di norme derogatorie rispetto al diritto comune delle obbligazioni, è quest'ultimo il regime giuridico da applicare [dovendosi] ritenersi fuorviante il richiamo alla materia dei licenziamenti, in ordine alla quale sussiste una – [nuova]⁽¹⁷⁾ – disciplina legislativa specifica e derogatoria rispetto al diritto delle obbligazioni, che riconduce i compensi dovuti dal datore di lavoro, in caso di accertata illegittimità del licenziamento, nell'ambito del risarcimento del danno»⁽¹⁸⁾.

A ben riflettere, un simile argomentare, unitamente a rilevare che, come noto, anche una sentenza c.d. “dichiarativa” non è suscettibile di “esecuzione specifica”, in quanto inibita alle obbligazioni di fare di natura non fungibile, quale certamente è il rapporto subordinato⁽¹⁹⁾, fornisce da ideale presupposto al punto esegetico saliente della pronuncia ossia l'interpretazione “costituzionalmente orientata” (ai sensi degli artt. 3, 36 e 41 della Carta) delle norme interessate⁽²⁰⁾.

della stessa con le difficoltà tecniche della sua completa attuazione. Lo si desume anche dal secondo periodo del comma 2 (anch'esso esteso ad appalto e distacco illegittimi), ai sensi del quale si intendono come compiuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione gli atti compiuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione dei rapporti di lavoro» (C. CESTER, *Dopo la sentenza su trasferimento d'azienda o appalto illegittimi: risarcimento del danno o retribuzione?*, in *ADL*, 2018, n. 3, p. 781.

⁽¹³⁾ Si intende far riferimento alle pronunce di merito analizzate, unitariamente, al punto 4. In particolare, Trib. Trento 26 giugno 2020, n. 86 e successivo App. Trento del 10 dicembre 2020, Trib. Siena 6 luglio 2020, n. 89 e Trib. Roma 12 gennaio 2021, n. 113.

⁽¹⁴⁾ Come si evince dai punti 2 e 3, *Ragioni delle decisioni*, è per prima la Corte d'Appello di Roma a utilizzare “precedenti” giurisprudenziali riferiti a discipline che esulano dal caso, concreto, discusso.

⁽¹⁵⁾ P. PASCUCCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, Bozza provvisoria, pp. 14-17.

⁽¹⁶⁾ L. NOGLER, *Sul contratto (innominato) di borsa lavoro con finalità di recupero sociale*, in *RIDL*, 1993, II, p. 121.

⁽¹⁷⁾ Infatti, come avrà modo di rilevare la C. cost. 23 aprile 2018, n. 86, *Considerato in diritto*, sub 3.1, «È ben chiaro, infatti, quel che il rimettente richiede [...] una pronuncia “sostitutiva”, che sostanzialmente ripristini l'originario contenuto precettivo dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, per il quale il datore di lavoro, non ottemperante all'ordine di reintegrazione, “è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore”, per il periodo dalla data stessa di tale provvedimento e fino alla reintegrazione, non già, come nel testo attuale, “un'indennità risarcitoria”, bensì “le retribuzioni dovute gli in virtù del rapporto di lavoro”».

⁽¹⁸⁾ Cass. S.U n. 2990/2018, cit., *Ragioni della decisione*, sub 6 e 7.

⁽¹⁹⁾ Invero, come costantemente osservato dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 18 giugno 2012, n. 9965, *Fatto e diritto*, sub 12), l'effettivo rientro in servizio «comporta non soltanto la riammissione del lavoratore nell'azienda (e cioè un comportamento riconducibile ad un semplice “pati”) ma anche un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo-funzionale, consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione».

⁽²⁰⁾ Il *focus* principale, come confermerà C. cost. n. 29/2019, cit., verte sulla disciplina civilistica della mora del creditore, art. 1206 c.c. e ss.

Invero, pur considerando i maggioritari precedenti a sezioni semplici (assurti, *medio tempore*, al rango di “diritto vivente”⁽²¹⁾), fondati sull’assunto che l’erogazione del trattamento economico, in mancanza di lavoro, costituisce un’eccezione, oggetto di espressa previsione di legge o di contratto⁽²²⁾, le Sezioni Unite si propongono per una “rivisitazione” (*sic!*) dei principi, in luce costituzionale, la quale «*induce al superamento della regola sinallagmatica della corresponsività – intesa come riconoscimento al lavoratore, che chiede l’adempimento, del solo risarcimento del danno in caso di mancata prestazione lavorativa, pur se tale mancata prestazione è conseguenza di un rifiuto illegittimo del datore di lavoro in violazione dei principi di buona fede e correttezza –, tenuto conto che essa appare limitativa, ed inidonea a fornire al lavoratore una tutela effettiva*»⁽²³⁾.

E per simili ragioni «il datore di lavoro, il quale nonostante la sentenza che accerta il vincolo giuridico, non ricostituisce i rapporti di lavoro, senza alcun giustificato motivo, dovrà sopportare il peso economico delle retribuzioni, pur senza ricevere la prestazione lavorativa corrispettiva, sebbene offerta dal lavoratore»⁽²⁴⁾.

In limine, a riguardo, è doverosa una osservazione.

Se corrisponde a verità che il diritto del lavoro è caratterizzato dal “pluralismo dei valori” (anche d’impresa), che ne costituisce addirittura “l’ideologia”⁽²⁵⁾, si comprende la posizione cauta nei riguardi della locuzione “costituzionalmente orientata”, poiché, in assenza di dettaglio, questa si espone (come in specie si è esposta⁽²⁶⁾), evidentemente, al rilievo di “indeterminatezza” della chiave di lettura.

Tuttavia, in specie, una valutazione sostanziale della posizione del lavoratore, nel rapporto fra teleologia del diritto lavoristico ed effetti giuridici del “previgente” assetto giurisprudenziale, sembra giustificare, se non – in senso assoluto – gli esiti interpretativi ivi contenuti, quantomeno la necessità dell’intervento “correttivo”.

A riguardo, si rifletta sul “concetto” primario, fondato su principi costituzionali, riscontrati in numerosi filoni giurisprudenziali, che riconosce il diritto del lavoratore, non solo a percepire la retribuzione, ma anche a lavorare in senso “effettivo”, rappresentando il “LAVORO”, non esclusivo strumento di sostentamento economico, ma anche di accrescimento della professionalità e di affermazione della propria identità⁽²⁷⁾ ossia “L’ESSERE”, il bene che è condizione dell’avere e di ogni altro bene⁽²⁸⁾.

Pertanto, se è vero (come è vero) che il procedimento giudiziale deve porsi l’ambizione «di dare, per quanto è praticamente possibile, a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire»⁽²⁹⁾, una volta riscontrate l’incoercibilità della prestazione, l’assenza di praticabili misure di coazione indiretta⁽³⁰⁾ oltre al mancato rilievo penale della condotta

⁽²¹⁾ A non smentire il raggiunto “grado” di stabilità, sarà anche la C. cost. n. 29/2019, cit., *Considerato in diritto*, sub 6.3.

⁽²²⁾ In questi termini, Cass. 9 settembre 2014, n. 18955, *Motivi della decisione*, sub 3.

⁽²³⁾ Cass., sez. un., n. 2990/2018, cit., *Ragioni della decisione*, sub 15.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*.

⁽²⁵⁾ V. BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, p. 180.

⁽²⁶⁾ App. Trento, cit., p. 13.

⁽²⁷⁾ Cass. n. 9965/2012, cit., *Fatto e diritto*, sub 18.

⁽²⁸⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Catania*, 1947-1948, p. 3.

⁽²⁹⁾ G. CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Foro Italiano, 1930, p. 273.

⁽³⁰⁾ «[Non si applica] per espressa previsione, alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato ed ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, regolati dall’articolo 409 c.p.c., l’articolo 614 bis c.p.c., come novellato dalla Decreto Legge n. 83 del 2015, articolo 13, conv. con modif. dalla L. n. 132 del 2005, che ne ha

datoriale, *lex contractus*, inadempiente⁽³¹⁾, stabilire, per l'omesso ripristino del rapporto, conseguenze di natura unicamente risarcitorie, sembra contrastare apertamente con la summenzionata concezione protezionistica della persona-lavoratore, quale "centro di gravità del sistema"⁽³²⁾ giuslavoristico, finendo con l'addossare, proprio a quest'ultimo – la parte debole della relazione – quelle «ulteriori conseguenze sfavorevoli»⁽³³⁾, menzionate, *obiter dictum*, in pronuncia.

Per vero, non potendo immaginare – almeno nella generalità – che il lavoratore sia in grado di attendere i tempi della giustizia per sostenere, dignitosamente (art. 36 Cost.), sé e i propri familiari, il medesimo sarà costretto, mosso da necessità, a reimpiegarsi o, come in specie, proseguire la prestazione, ancorché *de facto* (art. 1226 c.c.), in attesa del giudicato.

Ma se in tale guisa, l'effetto giuridicamente – autolesionistico – ottenuto, è quello di vanificare, per mezzo della "detrazione", le conseguenze della "verità materiale"⁽³⁴⁾ accertate nel processo dal medesimo avviato, garantendo al convenuto una sorta di "patrimoniale" impunità, innegabile è l'esistenza del "cortocircuito" e, di conseguenza, l'opportunità di rimediare a quella che, in questa logica, potrebbe anche considerarsi ipotesi estrema di demansionamento⁽³⁵⁾.

Peraltro, di un diritto del lavoratore alla *restitutio in integrum* – *id est* di un *genus* retributivo non detraibile – nell'eventualità che la mancata prestazione dipenda dall'iniziativa del datore, a quel punto, unico soggetto responsabile dell'alea giudiziale dei suoi comportamenti⁽³⁶⁾, se

mutato la rubrica originaria con quella di "Misure di coercizione indiretta", ampliandone l'ambito applicativo, ricomprendendovi oltre agli obblighi di fare infungibile, anche gli obblighi di fare, non fare e di dare, diversi dal pagamento di somme di denaro finalizzati ad una tutela soddisfacente a fronte di un esercizio improprio delle prerogative datoriali», così Cass. n. 17784/2019, cit., *Ragioni della decisione*, sub 8.

⁽³¹⁾ Invero, secondo giurisprudenza maggioritaria, «non integra il reato previsto dall'articolo 388 c.p., comma 2, la mancata ottemperanza all'ordine del giudice civile impartito ex articolo 700 c.p.c., ed avente ad oggetto la reintegrazione di un dipendente nel posto di lavoro [...] è stato difatti osservato come, stante la tecnicità del lessico utilizzato dal legislatore nel parlare di "proprietà, di possesso e di credito", l'articolo 388 c.p., abbia mutuato dal diritto civile il proprio apparato concettuale, da cui la conseguenza che resta esclusa la configurabilità di tale reato in relazione alle situazioni in cui il provvedimento cautelare non sia stato emesso a tutela di un diritto di credito in senso stretto, pur potendo verificarsi che dal vulnus operato in danno del titolare della situazione soggettiva derivino conseguenze economiche negative» (cfr. Cass. 2 aprile 2015, n. 6777).

⁽³²⁾ Ormai noto il *refrain* giurisprudenziale secondo cui «le disposizioni della Carta costituzionale abbiano segnato anche nella materia giuslavoristica un momento di rottura rispetto al sistema precedente "ed abbiano consacrato, di conseguenza, il definitivo ripudio dell'ideale produttivistico quale unico criterio cui improntare l'agire privato", in considerazione del fatto che l'attività produttiva – anch'essa oggetto di tutela costituzionale, poiché attiene all'iniziativa economica privata quale manifestazione di essa (articolo 41 Cost., comma 1) – è subordinata, ai sensi del comma 2 della medesima disposizione, alla utilità sociale, che va intesa non tanto e soltanto come mero benessere economico e materiale, sia pure generalizzato alla collettività, quanto, soprattutto, come realizzazione di un pieno e libero sviluppo della persona umana e dei connessi valori di sicurezza, di libertà e dignità. Da ciò consegue che la concezione "patrimonialistica" dell'individuo deve necessariamente recedere di fronte alla diversa concezione che fa leva essenzialmente sullo svolgimento della persona, sul rispetto di essa, sulla sua dignità, sicurezza e salute – anche nel luogo nel quale si svolge la propria attività lavorativa –, momenti tutti che "costituiscono il centro di gravità del sistema"» (*ex multis*, Cass. 15 luglio 2020, n. 15105).

⁽³³⁾ Cass., sez. un., n. 2990/2018, cit., *Ragioni della decisione*, sub 15.

⁽³⁴⁾ Sul ruolo del giudice del lavoro e sulle finalità del processo, V. DI CERBO, *Il Giudice del lavoro e lo Statuto*, in *LDE*, 2020, n. 2.

⁽³⁵⁾ Posto che l'omessa riammissione in servizio del lavoratore e l'ipotesi di demansionamento, vengono comunemente definiti in luogo di illeciti istantanei a effetti permanenti (per la prima, cfr. C. cost. n. 86/2018, cit., *Considerato in diritto*, sub 4.2; per la seconda, cfr. Cass. 16 novembre 2017, n. 27209/2017, *Ragioni della decisione*) e che entrambi riguardano la forzata e completa inattività del lavoratore, la casistica in esame risulterebbe anche aggravata dal mancato riconoscimento della retribuzione.

⁽³⁶⁾ Sebbene in riferimento allo specifico istituto della "sospensione cautelare", sembrano di portata generale i principi espressi dalla C. cost. 28 novembre 1973, n. 168, *Considerato in diritto*, sub 3. «In materia di sospensione del lavoro, si ritiene, infatti, in linea di principio generale, che quando la mancata prestazione dipenda

ne ravvisa l'esistenza anche in originarie previsioni dell'ordinamento positivo del lavoro, le quali costituiscono suo patrimonio giuridico consolidato ⁽³⁷⁾.

Si rifletta, a esempio, sull'articolo 6, r.d.l. n. 1825 del 13 novembre 1924, il quale dispone che «In caso di sospensione di lavoro per fatto dipendente dal principale, l'impiegato ha diritto alla retribuzione normale» ovvero sull'articolo 97, d.P.R. 3 del 10 gennaio 1957, che prevede «Quando la sospensione cautelare sia stata disposta in dipendenza del procedimento penale e questo si concluda con sentenza di proscioglimento o di assoluzione passata in giudicato perché il fatto non sussiste o perché l'impiegato non lo ha commesso, la sospensione è revocata e l'impiegato ha diritto a tutti gli assegni non percepiti».

In sostanza, anche per ciò che in seguito rileva e in ragione delle successive integrazioni argomentative (§ 2.2, 4.1) approntate dalla Corte costituzionale, l'intervento delle Sezioni Unite sembra tesa a “relativizzare” ⁽³⁸⁾ la regola della corresponsività in ragione della ritenuta particolare rilevanza della personalità – e non solo, dunque, economicità – della prestazione lavorativa.

2. Il ruolo della Corte costituzionale

2.1. Gli interventi rilevanti

Nella definizione ermeneutica delle “fattispecie” attenzionate, una sorta di *species* del *genus* della mora del creditore nell'ambito del rapporto di lavoro, di esiziale importanza risulta il ruolo giocato, in momenti differenti e su più versanti, dalla Corte costituzionale.

In primo luogo, a sostegno dell'impianto motivazionale della pronuncia 2990, allorquando, da un lato, per via indiretta, con la sentenza – posteriore – n. 86 del 23 aprile 2018, emerge l'effettiva specialità ⁽³⁹⁾ della disciplina dei licenziamenti, confermando, dunque, fuorviante il suo richiamo nella parte in cui riconduce i compensi dovuti dal datore, in caso di accertata illegittimità del licenziamento, nell'ambito del risarcimento del danno.

Dall'altro, direttamente, con la pronuncia – precedente – n. 303 del 11 novembre 2011, allorché l'affermazione del giudice delle leggi «A partire dalla sentenza con cui il giudice [...] converte il contratto [...] è da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato [...] a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva» diviene spunto ⁽⁴⁰⁾ decisivo per sostenere che «nel momento successivo alla declaratoria di nullità dell'interposizione di manodopera, a fronte della messa in mora (offerta della prestazione lavorativa) e della impossibilità della prestazione per fatto imputabile al datore di lavoro (il quale rifiuta illegittimamente di ricevere la prestazione), grava sull'effettivo datore di lavoro l'obbligo retributivo».

Evidentemente, la “posizione” di maggior rilievo viene successivamente assunta con la sentenza n. 29 del 28 febbraio 2019, dove la Corte costituzionale, per il tramite di una pronuncia “interpretativa di rigetto” (meglio si dira *infra*, § 4.1), conferisce all'intervento del massimo

dall'iniziativa del datore di lavoro grava su quest'ultimo soggetto l'alea conseguente all'accertamento della ragione che ha giustificato la sospensione».

⁽³⁷⁾ Trib. Siena n. 89/2020, cit., *Motivi della decisione*, 2-bis.

⁽³⁸⁾ P. PASCUCI, *op. cit.*, p. 14.

⁽³⁹⁾ Per comprendere ciò, ossia della “specialità” introdotta per mezzo dalla “discrezionalità” del legislatore, si rinvia alla nota 17.

⁽⁴⁰⁾ Cass., sez. un., n. 2990/2018, cit., *Ragioni della decisione*, sub 13.

organo della nomofilachia, un grado ancora superiore – forse l’ultimo possibile ⁽⁴¹⁾ – di giuridica autorevolezza.

A ben vedere, fin dal principio, il rapporto fra le due decisioni appare “compromesso” da reciproca influenza, tanto che, già al punto 8 della 2990, si ritiene «significativo che con ordinanza del 2/10/2017 [alla base della pronuncia 29/2019], la Corte d’appello di Roma, in fattispecie di cessione di ramo d’azienda, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione del contrasto tra il “diritto vivente”, costituito proprio dall’interpretazione accolta da questa Corte, e gli articoli 3, 24, 111 e 117 Cost.».

Senza dimenticare che sarà, in seguito, la stessa Corte costituzionale ⁽⁴²⁾ a sancire la «piena convergenza tra le enunciazioni di principio» delle Sezioni Unite e l’assunto del giudice d’appello innanzi citato, facendo affiorare le tracce di una dipendenza a tal punto intrecciata, anche temporalmente, da renderne tutt’altro che “fortuita” la contiguità giuridica oltreché spiegare, almeno in parte, la trattazione “sistematica” promossa dalla Sezioni Unite.

2.2. La sentenza n. 29

Ed effettivamente, al netto della tipologia e degli effetti della pronuncia, in assenza di reali “questioni nuove”, i tratti salienti sono da ricercare nei “dettagli” argomentativi dei soggetti coinvolti dal vaglio costituzionale oltreché in talune conclusive osservazioni della Corte, da ritenere, nel merito della questione, di “peso specifico” assoluto.

Il giudice rimettente concentra la sua “posizione” esprimendo motivate perplessità, in termini di “ricadute”, nei riguardi del – già citato – “diritto vivente” formatosi in materia, che si possono così riassumere:

a) dapprima, sul piano della “effettività” del rimedio giudiziale, osservando che se il datore di lavoro che ha rifiutato arbitrariamente la prestazione offerta dal lavoratore ceduto non fosse obbligato a pagare la retribuzione, potrebbe rimanere inottemperante *ad libitum*, ponendosi in contrasto con l’art. 24 Cost., violando la «garanzia costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), inscindibilmente connessa con l’effettività della tutela» e avversando «l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 6 CEDU, sul presupposto che un processo possa dirsi equo soltanto quando “consenta di ottenere la tutela specifica (ove giuridicamente possibile) e comunque più idonea a conseguire la concreta utilità che l’ordinamento riconosce sul piano del diritto sostanziale”» ⁽⁴³⁾.

b) inoltre, relativamente alla “parità” di trattamento, rilevando che, così interpretata, la disciplina della mora del creditore contrasterebbe «con l’art. 3 Cost., in quanto determinerebbe un’ingiustificata e irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina di tutti i rapporti contrattuali diversi da quelli di lavoro subordinato e alla disciplina della nullità dell’apposizione del termine, per il periodo successivo alla sentenza» ⁽⁴⁴⁾.

Questo in ragione della prevalente dottrina civilistica che si esprime per la conservazione del rapporto obbligatorio e della permanenza dell’obbligazione, in capo al creditore, di eseguire la prestazione (art. 1207, comma 1, c.c.) e, solo in via eventuale, di rispondere dei danni, ulteriori, dal debitore eventualmente subiti (art. 1207, comma 2, c.c.).

⁽⁴¹⁾ Nel tentativo di valutare portata ed effetti dei concordi interventi di Sezioni Unite e C. cost., al termine della breve disamina proceduta al punto 4.1, questa è, in questa sede, la conclusione raggiunta.

⁽⁴²⁾ C. cost. n. 29/2019, cit., *Considerato in diritto*, sub 6.3.

⁽⁴³⁾ C. cost. n. 29/2019, cit., *Ritenuto in fatto*, sub 1.2.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*.

Sul versante opposto, nel sostenere l'infondatezza della questione, l'intervento "aziendale" si profonde nel convincere che, al contrario, la retribuzione è «inscindibilmente legata allo svolgimento di una prestazione di lavoro [e che questa] è stata resa a favore della società cessionaria ed è stata dalla società cessionaria retribuita [,spettando dunque,] soltanto il risarcimento del danno, individuato nella differenza tra l'importo che i lavoratori avrebbero percepito continuando a lavorare alle dipendenze della società cedente e quello che hanno effettivamente già conseguito dalla società cessionaria».

Questo perché, per un verso, «il rimettente non dimostrerebbe che, secondo l'ordinaria disciplina civilistica, il creditore in mora sia obbligato all'esecuzione della prestazione», per altro, «nella fattispecie della nullità della cessione del ramo di azienda, il lavoratore presterebbe nei confronti del cessionario la stessa identica attività che avrebbe dovuto prestare a favore della società cedente»⁽⁴⁵⁾.

In tale guisa, a fronte di una prestazione "unica", la novellata esegesi, anziché esercitare una funzione dissuasiva per il datore di lavoro inottemperante, implicherebbe «l'ingiusto vantaggio di una doppia retribuzione» per il lavoratore.

2.3. I termini della "non fondatezza"

Come anticipato, al fine di risolvere l'intricata matassa, risultano dirimenti alcuni "tratti" dell'ordito motivazionale condotto dalla Corte, a preludio della dichiarazione di non fondatezza della questione posta.

Innanzitutto, nel respingere le eccezioni di inammissibilità promossa dallo Stato, il giudice delle leggi conferma che nella "fattispecie" scrutinata, il contrasto con i parametri costituzionali trae origine dalla disciplina della mora del creditore.

In secondo luogo, ricusando, del pari, le obiezioni sollevate da entrambi gli "opponenti" circa la natura "manipolativa" dell'intervento richiesto, poiché ammissibilmente prospettato dal giudice rimettente nei termini «di riesandere, nell'ambito dei rapporti di lavoro, la disciplina che, a giudizio [dello stesso], obbliga il creditore moroso a eseguire in ogni caso la controprestazione e non soltanto a risarcire il danno»⁽⁴⁶⁾.

Venendo alla decisione sulla censurata qualificazione in termini risarcitori dell'obbligo del datore che non ottemperi all'ordine di riammettere il lavoratore nell'impresa, dopo l'accertamento della nullità, dell'inefficacia o dell'inopponibilità della cessione del ramo di azienda, poiché lesiva della parità di trattamento e compromettente l'effettività della tutela giurisdizionale, la Corte costituzionale ritiene la questione "non fondata", ma – esclusivamente – in ragione dell'intervenuta incidenza, in argomento, della sentenza a Sezioni Unite n. 2990⁽⁴⁷⁾.

E per motivarne gli "effetti", i giudici della Consulta si sottraggono dall'alternativa secca fra "fondatezza" e "infondatezza"⁽⁴⁸⁾, scegliendo un percorso particolare che muove da un esplicito – quasi alla lettera – richiamo di principi e concetti espressi dalle Sezioni Unite (es. «Le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere la questione di massima e particolare importanza»; «le Sezioni unite hanno preso le mosse proprio dall'orientamento che si è dapprima formato in

⁽⁴⁵⁾ Ivi, *sub* 2.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, *sub* 2.2.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, *sub* 5. «Sul tema del decidere, così definito, incide la sentenza 7 febbraio 2018, n. 2990, pronunciata dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili».

⁽⁴⁸⁾ Sulla disamina degli interventi "interpretativi di rigetto" della Consulta, M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI (a cura di), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, Quaderno in occasione dell'incontro di studio con la Corte Costituzionale di Ungheria, 2010, 2.1.1.

tema di conseguenze della nullità del trasferimento d'azienda»; «Secondo le Sezioni unite, una prospettiva costituzionalmente orientata impone di rimeditare la regola della corrispettività»; «Da tali principi le Sezioni unite evincono, con portata tendenzialmente generale, l'obbligo del datore di lavoro moroso di corrispondere le retribuzioni al lavoratore che non sia stato riammesso in servizio» ecc.), per poi operare, senza soluzione di continuità, una vera e propria interpolazione esegetica ⁽⁴⁹⁾ del testo, arrivando a chiarire, *ex novo*, che «in questa prospettiva, riveste un ruolo primario l'accertamento del giudice, che ristabilisce la *lex contractus*, accertamento che non può essere sminuito nella sua forza cogente dal protrarsi dell'inosservanza» e che «al profilo processuale fa riscontro, sul versante sostanziale, la particolare pregnanza dei diritti riconosciuti al lavoratore a fronte della mora del datore di lavoro [i quali] non si esauriscono nel rimedio risarcitorio, ma includono anche il diritto alla controprestazione, in consonanza con i principi generali del diritto delle obbligazioni, che, pur con le peculiarità connaturate alla specialità del rapporto di lavoro, perseguono anche in quest'ambito un'essenziale funzione di tutela» ⁽⁵⁰⁾.

Di qui, nel certificare la «compatibilità» costituzionale della nuova ermeneutica, i giudici della consulta tengono anche a rimarcare come «l'indirizzo interpretativo, indicato come diritto vivente allorché sono state proposte le questioni di legittimità costituzionale, risulta disatteso dalla suddetta pronuncia delle Sezioni unite [la quale] mira a ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della mora del creditore nel rapporto di lavoro e consente di risolvere in via interpretativa i dubbi di costituzionalità prospettati» ⁽⁵¹⁾.

3. Il «nuovo corso» della legittimità

Il «seme» piantato dalle Sezioni Unite, prima, e dalla Corte costituzionale, poi, non tarda a «germogliare» negli orientamenti di legittimità successivi, confermando, dunque, il *revirement* giurisprudenziale e il «nuovo corso» dal medesimo tracciato.

Tuttavia, anche all'interno del medesimo «livello» giurisdizionale, non vengono meno autorevolissime ⁽⁵²⁾ «sacche di resistenza», le quali, pur non disattendendo direttamente i «rivisitati» principi, né circoscrivono gli «effetti», ritenendoli giuridicamente da limitare.

In sostanza, pur non (ri)discutendo la natura retributiva della obbligazione contrattuale *post* condanna, tale intendimento ritiene non possibile la conseguenza di cumulare due retribuzioni, quella dovuta dal (ex)cedente con quella percepita dal (ex)cessionario, situazione che invece, a torto, si andrebbe a realizzare essendo, in specie, unico il rapporto e, conseguentemente, unica la prestazione da riconoscere.

Invero, posto che nella cessione del ramo d'azienda «si ha la sostituzione del cessionario al cedente nel rapporto giuridico, il quale rimane – di regola e salvo eccezione la cui prova dev'essere fornita dalla parte interessata – eguale nei suoi elementi oggettivi», ne deriverebbe che,

⁽⁴⁹⁾ Invero, si deve necessariamente notare come la Corte costituzionale, non si limiti solo a riportare il precedente intervento delle Sezioni Unite, ma anche a farne propria la «prospettiva» (cfr. «In questa prospettiva»), avvallandone, mediante specifica, la necessità di garantire «effettività» della tutela giudiziale e «parità» rispetto ai rapporti obbligatori in generale, in ragione della «particolare pregnanza dei diritti riconosciuti al lavoratore a fronte della mora del datore di lavoro».

⁽⁵⁰⁾ C. cost. n. 29/2019, cit., *Ritenuto in fatto*, sub 5.

⁽⁵¹⁾ Ivi, sub 6.

⁽⁵²⁾ In particolare, si intende far riferimento a Cass. 31 maggio 2018, n. 14019 e Cass. 1° giugno 2018, n. 14136, presiedute da Pietro Curzio, oggi Primo Presidente della Corte di Cassazione.

«una ed una sola essendo la prestazione lavorativa che il lavoratore svolge nel ramo (illegittimamente) ceduto, il pagamento della relativa retribuzione da parte del cessionario costituisce un pagamento consapevolmente effettuato da un soggetto che non è il vero creditore della prestazione, e dunque un adempimento del terzo, cui consegue la liberazione del vero obbligato, in applicazione del medesimo principio generale previsto dall'articolo 1180 c.c., comma 1, con la conseguenza che il lavoratore non potrà ottenere dal cedente la medesima retribuzione già corrispostagli dal cessionario, ma solo le differenze rispetto a quanto avrebbe percepito alle dipendenze del primo»⁽⁵³⁾.

In “risposta”⁽⁵⁴⁾, una sequela di sentenze “gemelle”⁽⁵⁵⁾, nell'ambito dell'orientamento, nel frattempo, divenuto assolutamente prevalente⁽⁵⁶⁾, si prodiga in un “solido” percorso argomentativo che mira a screditare, giuridicamente, la tesi dell'unicità della prestazione e della discendente ipotesi di locupletazione⁽⁵⁷⁾ del lavoratore.

Innanzitutto, questo orientamento muove dall'osservazione che soltanto la legittimità della vicenda traslativa, regolata dall'articolo 2112 c.c., comporta la continuità del rapporto che resta unico e immutato⁽⁵⁸⁾, venendo meno, al contrario, qualora il trasferimento sia dichiarato invalido per violazione della norma imperativa⁽⁵⁹⁾.

Per vero, in questa evenienza, due saranno i rapporti⁽⁶⁰⁾ coinvolgenti il lavoratore: uno, *de iure*, ripristinato nei confronti dell'originario datore di lavoro; l'altro, *de facto*, nei confronti del soggetto, già – e non più – cessionario.

A conforto della configurabile “simultaneità” delle relazioni, ci si permette altresì di osservare che se, da un lato, non si discute la “riviviscenza” dell'originaria, dall'altro, ancorché non formalizzata, una seconda può di certo ed efficacemente (in termini reciproche obbligazioni contrattuali) avere luogo, potendo questa desumersi anche dalla mera esecuzione/accettazione della messa a disposizione delle energie lavorative dietro retribuzione, ossia rilevando il c.d. “comportamento sociale” delle parti⁽⁶¹⁾.

⁽⁵³⁾ Ivi, *Considerato*, sub 7.

⁽⁵⁴⁾ Nel senso che il predetto orientamento viene espressamente richiamato nell'iter motivazionale (cfr. Cass. n. 17784/2019, cit., *Ragioni della decisione*, sub 7.1).

⁽⁵⁵⁾ Cass. n. 17784/2019, cit., Cass. 3 luglio 2019, n.17785 e Cass. 3 luglio 2019, n. 17786.

⁽⁵⁶⁾ Da ultimo, anche Cass. 20 agosto 2020, n. 17491.

⁽⁵⁷⁾ Questo termine viene utilizzato in Trib. Siena n. 89/2020, cit.

⁽⁵⁸⁾ Cass. n. 17784/2019, cit., *Ragioni della decisione*, sub 6.2.

⁽⁵⁹⁾ Sulla “sovraordinata” natura imperativa della disciplina del trasferimento d'azienda, anche C. giust. *Temco Service Industries SA c. Samir Imzilyen e altri*, causa C-51/00, punto 35.

⁽⁶⁰⁾ Anche in tema di licenziamento, la giurisprudenza sembra aver ben chiaro l'esistenza di due distinti rapporti tanto che «la questione relativa alla legittimità del licenziamento intimato dal [non più cessionario] ed alle conseguenze di natura risarcitoria ad esso connesse, non può congruamente venire in rilievo [...] vertendosi in ipotesi di provvedimenti adottati da soggetto non più titolare del rapporto di lavoro e, quindi, del tutto improduttivi di effetti giuridici» (cfr. Cass. 30 ottobre 2019, n. 27913, *Ragioni della decisione*, sub 9).

⁽⁶¹⁾ Per vero, non sembra superfluo rammentare che un rapporto subordinato contrattualmente efficace non necessita di alcuna formalizzazione (art. 1350 c.c.) essendo che, spesso, «il rapporto contrattuale nasce e produce i suoi effetti non già sulla base di valide dichiarazioni di volontà, ma piuttosto in base al contatto sociale che si determina tra le parti (cioè al complesso delle circostanze e dei comportamenti, valutati in modo socialmente tipico, mediante i quali si realizzano di fatto operazioni economiche e trasferimenti di ricchezza tra i soggetti). Queste considerazioni di ordine generale sono particolarmente pertinenti al fenomeno giuridico del contratto di lavoro, dove nella maggior parte dei casi la conclusione non è formalizzata, desumendosi essa dall'esecuzione accettazione della messa a disposizione delle energie lavorative dietro retribuzione, cosicché dall'esecuzione del rapporto si risale alla sua formazione, con conseguente valore dichiarativo dell'esecuzione stessa» (cfr. Cass. 6 luglio 2007, n. 15264, *Motivi della decisione*, sub 2/a).

Proseguendo, la Cassazione non manca di puntualizzare che a fronte della sostenuta duplicità dei rapporti, si potrebbe comunque obiettare che la prestazione – possibile – resti comunque unica.

Tuttavia, anche questa osservazione andrebbe smentita dal fatto che, accanto a una prestazione materialmente – e incontestabilmente – resa nei confronti del (ex) cessionario, ve ne sia un'altra “giuridicamente” resa nei riguardi del (ex) cedente.

Di fatti, in caso di illegittimo rifiuto (art. 1206 c.c.), per le obbligazioni aventi a oggetto un *facere* non fungibile, dovendo l'adempimento della prestazione di fare essere preceduto da atti preparatori ⁽⁶²⁾, la cui esecuzione richiede la collaborazione del creditore, l'offerta (*rectius*, l'intimazione *ex* art. 1217 c.c.) della prestazione, non vale unicamente a stabilire il momento di decorrenza della *mora accipiendi*, bensì a liberare il debitore e far nascere il suo diritto alla controprestazione.

Ciò significa che «una volta offerta la prestazione lavorativa al datore di lavoro giudizialmente dichiarato tale, il rifiuto di questi rende giuridicamente equiparabile la messa a disposizione delle energie lavorative del dipendente alla utilizzazione effettiva, con la conseguenza che il datore di lavoro ha l'obbligo di pagare la controprestazione retributiva» ⁽⁶³⁾.

Mentre, con medesima “decorrenza”, «l'attività lavorativa subordinata resa in favore del non più cessionario equivale a quella che il lavoratore, bisognoso di occupazione, renda in favore di qualsiasi altro soggetto terzo» ⁽⁶⁴⁾.

Sicché, appurare la sussistenza di distinte obbligazioni (e fonti ⁽⁶⁵⁾), rispondendo ciascuno dei datori di lavoro a controprestazioni “proprie”, «esclude in radice la possibilità di configurare un adempimento in qualità di terzo da parte del destinatario dell'originaria cessione [poiché] in relazione all'adempimento del terzo *ex* articolo 1180 c.c., si è ritenuto che deve mancare nello schema causale tipico, la controprestazione in favore di chi adempie, pagando il terzo, per definizione, un debito “non proprio” [...] mentre nella specie il non più cessionario compensa un'attività lavorativa direttamente resa a vantaggio dell'impresa di cui è titolare» ⁽⁶⁶⁾.

Più in generale, anche non ritenendo estendibile per via analogica la disciplina dell'illecito appalto, secondo il giudice della nomofilachia «non vi è norma di diritto positivo che consenta di ritenere che tale obbligazione pecuniaria possa considerarsi, in tutto o in parte, estinta per il pagamento della retribuzione da parte dell'impresa originaria destinataria della cessione» ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶²⁾ Relativamente al lavoro subordinato: «A ben riflettere vi sono diritti del lavoratore, il cui esercizio comporta solo un patto da parte del datore di lavoro (ad esempio: possibilità di accedere nei luoghi di lavoro per partecipare ad un'assemblea o alle votazioni degli organismi rappresentativi, ovvero per svolgere attività di proselitismo per una determinata organizzazione sindacale), dato che, in tali situazioni, non si richiede un suo comportamento collaborativo. Per quanto riguarda, invece, la prestazione lavorativa, essa non può essere attuata a causa del difetto di cooperazione del datore, poiché non è coercibile o fungibile il comportamento da lui dovuto, con la conseguenza che non può che ammettersi l'esperibilità di azioni per conseguire le utilità economiche dovute in forza della vigenza del rapporto». Così G. IANNIRUBERTO, *op. cit.*, p. 5. Anche Cass. n. 9965/2012, *cit.*, *Fatto e diritto*, sub 12.

⁽⁶³⁾ Cass. n. 17784/2019, *cit.*, *Ragioni della decisione*, sub 6.3.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, sub. 6.4.

⁽⁶⁵⁾ Intese come rapporti contrattualizzati *ex* art. 1173 c.c.

⁽⁶⁶⁾ Cass. n. 17784/2019, *cit.*, *Ragioni della decisione*, sub 7.1.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, sub. 7.

4. La “rivolta” del merito

4.1. “Vincolo” o “Autorevolezza” del precedente

Ad avviso di chi scrive, operare, con senso critico (e giuridico), una valutazione sul “reazionario” atteggiamento di parte della magistratura del merito, non può prescindere dalla premessa circa il “valore” da attribuire al percorso giurisdizionale sin qui, in sintesi estrema, richiamato. A tal fine, senza arrogare competenze non possedute, ci si limita ad alcune osservazioni.

Se, per un verso, il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) non mette in discussione «che il precedente giurisprudenziale, pur autorevole, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto, e come tale non è direttamente vincolante per il giudice (salvo che, naturalmente, per il giudice di rinvio)»⁽⁶⁸⁾, tanto che un suo eventuale dissenso, non può costituire fonte di responsabilità, per violazione di legge⁽⁶⁹⁾.

Per altro, occorre altresì rilevare come le «ripetute affermazioni nel senso della non vincolatività del precedente vanno armonizzate con l’esigenza di garantire l’uniformità dell’interpretazione giurisprudenziale attraverso il ruolo svolto dalla Corte di Cassazione, nonché con l’evoluzione normativa del giudizio di cassazione e con la successiva affermazione delle stesse Sezioni Unite secondo la quale “l’interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione (e massimamente dalle sezioni unite di essa) va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato”»⁽⁷⁰⁾.

Invero, alla luce della cresciuta considerazione del valore della “prevedibilità” delle decisioni, «una volta che l’interpretazione della *regula iuris* è stata enunciata con l’intervento nomofilattico della Corte regolatrice, essa ha anche vocazione di stabilità, innegabilmente accentuata (in una corretta prospettiva di supporto al valore delle certezze del diritto) dalle novelle del 2006 (articolo 374 c.p.c.) e 2009 (articolo 360 bis c.p.c., n. 1)»⁽⁷¹⁾.

Di guisa che, senza confondere “vincolatività” con “autorevolezza” del precedente, che ne segna esclusivamente la persuasività della *ratio decidendi*, «l’adozione di una soluzione non in linea con i precedenti non può essere di per sé né gratuita, né immotivata, né immeditata: in una parola, deve essere comunque frutto di scelta (interpretativa) consapevole e riconoscibile come tale, e a questo scopo deve essere comprensibile, e tale diviene più facilmente se esplicitata all’esterno a mezzo della motivazione»⁽⁷²⁾.

Potendo dunque ritenere, qui giunti, che una stima di “congruità” su detta motivazione, dovrà essere tanto più rigorosa laddove, come nel caso di specie, l’esegesi giurisprudenziale abbia anche trovato l’avvallo della Corte costituzionale, per il tramite di una sentenza c.d. “interpretativa di rigetto”.

Ed effettivamente, questo genere di decisioni (riconoscibili per la formula di stile «le questioni non sono fondate, nei termini di seguito esposti»⁽⁷³⁾) hanno proprio per “oggetto” non la disposizione (cioè il significante), bensì la norma, cioè il significato desumibile dal testo normativo attraverso l’attività interpretativa, con la finalità di sollecitare i giudici “comuni” ad abbandonare le interpretazioni costituzionalmente incompatibili per privilegiare quelle conciliabili ai

⁽⁶⁸⁾ Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, *Ragioni della decisione*, sub. 13.2.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, sub 13.4.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, sub 13.5.

⁽⁷¹⁾ Da ultimo, anche Cass. n. 7364/2021, *Ragioni della decisione*, sub 7.

⁽⁷²⁾ Cass., sez. un., n. 11747/2019, cit., *Ragioni della decisione*, sub. 13.14.

⁽⁷³⁾ C. cost. n. 29/2019, cit., *Considerato in diritto*, Titolo sub 4 e ss.

valori costituzionali e conformare gli indirizzi giurisprudenziali non ancora consolidati, contribuendo così a formare, con le proprie interpretazioni, un “diritto vivente” costituzionalmente compatibile ⁽⁷⁴⁾ (§ 1.2).

In sostanza, per quanto precede, pur non impegnando in termini assoluti o inderogabili ⁽⁷⁵⁾ il principio di “certezza del diritto”, l’orientamento che il merito intende sovvertire assurge oggi, al massimo grado possibile di giuridica autorevolezza (*ergo* persuasività argomentativa), il che comporta, a carico del renitente, un dovere di esplicitare “ottime ragioni” al fine di disconoscere l’interpretazione che si presuppone essere «se non quella “esatta”, almeno la più “esatta” (possibile) o, se si vuole, la più “giusta” e/o la più “corretta”» ⁽⁷⁶⁾.

4.2. “Fronte” comune

Come anticipato in introduzione, le pronunce a cui si intende far riferimento provengono dal foro di Trento (sentenza n. 86/2020 emessa dal Tribunale e sentenza del 10 dicembre 2020 emessa dalla Corte di Appello), dal Tribunale di Siena (sentenza n. 89/2020) e dal Tribunale di Roma n. 113/2021.

Avuto riguardo delle “cospicue” premesse e del fatto che ciascuno dei giudizi si foggia e rinvigorisce dal/dai precedente/i fino all’estremo conformarsi ⁽⁷⁷⁾ della pronuncia romana, nell’economia del contributo, sembra dunque esperibile una valutazione unitaria (con annessi rilievi) che, da un lato, ne risalti il “differenziale” argomentativo, dall’altro, ne figuri le congruità.

Sotto questo ultimo profilo, tralasciando il condiviso richiamo della precedente evoluzione giurisprudenziale incidente la questione, è possibile intercettare almeno tre “linee” che compongono il “fronte” comune e ne evidenziano tratti di rimarchevole convergenza.

In primo luogo, nell’*incipit* ⁽⁷⁸⁾ dell’iter argomentativo, la legittimità dei dissensi muove dal differente ruolo assegnato dall’ordinamento alla magistratura del merito rispetto al “controllo” di legittimità ovvero di costituzionalità, valorizzando la posizione di “giudice del fatto”, in senso sostanziale, e cogliendo il “margine” concesso – almeno testualmente – dalla corte costituzionale della sentenza 29 la quale specifica che «spetterà alla Corte rimettente rivalutare la questione interpretativa dibattuta nel giudizio principale, che investe il diritto del lavoratore ceduto, già retribuito dal cessionario, di rivendicare la retribuzione anche nei confronti del cedente» ⁽⁷⁹⁾.

Da secondo e in modo differenziato, facendo leva sullo squilibrio di tutela creato dalla novella esegesi, se confrontato alla – nuova ⁽⁸⁰⁾ – disciplina – risarcitoria – dei licenziamenti (in particolare, art. 18, l. n. 300/1970).

In un caso, rappresentando che la stessa esigenza di effettività della giurisdizione non si realizza in questa “fattispecie” (in ipotesi di lavoratore licenziato), dove i lavoratori sono addirittura esposti al rischio di rimanere addirittura privi di tutela economica, in altro, attingendo dalla disposizione per realizzare un – creativo – approccio “rimediale” ⁽⁸¹⁾ alla controversia (§ 4.3)

⁽⁷⁴⁾ M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI (a cura di), *op. cit.*, 2.1.1.

⁽⁷⁵⁾ C. cost. 10 marzo 2015, n. 56, *Considerato in diritto*, sub 4.1.

⁽⁷⁶⁾ Cass., sez. un., n. 11747/2019, cit., *Ragioni della decisione*, sub 13.5.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. «Come condivisibilmente affermato dal Tribunale di Trento (Dott. Giorgio Flaim), nella sentenza n. 86 del 26.6.2020 (RG n. 694/2019), alle cui motivazioni espressamente ci si riporta», p. 3 Trib. Roma, cit.

⁽⁷⁸⁾ Esplicitamente, Trib. Trento n. 86/2020, p. 9; App. Trento del 10 dicembre 2020, p. 12.

⁽⁷⁹⁾ C. cost. n. 29/2019, *Considerato in diritto*, sub 6.4.

⁽⁸⁰⁾ Nota 17.

⁽⁸¹⁾ In riferimento all’esegesi del Trib. Siena n. 89/2020, si consenta l’accostamento terminologico, attingendo dalla ormai celebre interpretazione di Cass. n. 1663/2020. Effettivamente, anche in questo caso, l’obbiettivo del

e, in altro ancora, per ridimensionare i “presupposti” costituzionali del nuovo orientamento precisando che, a differenza della pronuncia n. 303/2011, nella sentenza n. 86/2018 la Corte costituzionale «ha invece ampiamente motivato sulla natura risarcitoria e non retributiva dell’obbligo di reintegrazione patrimoniale del datore di lavoro in assenza della effettiva prestazione lavorativa»⁽⁸²⁾.

Per terzo, viene anche pregevolmente approfondito l’istituto della responsabilità solidale quale meccanismo giuridico necessario alla pretesa “compensazione” retributiva.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, anche riconoscendone le qualità argomentative, tale aspetto resta secondario o, comunque, una evenienza indiretta, in quanto dipendente dalla “premessa” – di rilevanza primaria e dirimente la vicenda (§ 4.4) – dell’identità della prestazione⁽⁸³⁾ e/o dell’unicità del rapporto⁽⁸⁴⁾.

4.3. “Natura” dell’obbligazione

Enucleando invece i tratti distintivi, gli scostamenti giurisdizionali possono suddividersi in due “filoni” principali che ineriscono: la “natura” dell’obbligazione datoriale *post* sentenza, da un lato, l’unicità del rapporto e/o della prestazione e la conseguente, presunta, “doppia retribuzione”, dall’altro.

Invero, nonostante sia pacifico che per il nuovo corso interpretativo il fulcro esegetico e, comunque, il risultato di «riconduzione a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della mora del creditore nel rapporto di lavoro» si manifesti con la natura “retributiva” dell’obbligazione, perciò depurata dall’*aliunde perceptum*, sia il collegio Trentino che il giudice di Siena, per vie niente affatto coincidenti, non temono di mettere in discussione, nuovamente, la questione del *genus*.

In particolare, la pronuncia d’appello sostiene che, negando il nesso sinallagmatico tra prestazione di lavoro e retribuzione, le Sezioni Unite avrebbero «rivoluziona[to] completamente l’assetto normativo della responsabilità del creditore in mora, adottando, per il solo rapporto di lavoro, un correttivo che in realtà è incompatibile con la struttura dell’art. 1207c.c.»⁽⁸⁵⁾.

A fortiori, rappresentano che in tutti i contratti di durata, a esecuzione continuata o periodica (es. fornitura di servizi), l’inadempimento degli obblighi di cooperazione rende impossibile la prestazione per tutto il tempo in cui non può essere eseguita e a ciò consegue, sempre, l’obbligo di risarcire il lucro cessante, che nel rapporto subordinato è pari alle retribuzioni/corrispettivo perse.

In sostanza, secondo la corte del merito, l’uso del termine “retribuzione” sarebbe equivoco, rappresentando esclusivamente la “denominazione” – facendone, dunque, una questione meramente terminologica – del corrispettivo della prestazione assunto in luogo di «parametro oggettivo immediato di commisurazione del danno [,] dovendo il titolo – effettivo – essere desunto dal contesto [della relazione]»⁽⁸⁶⁾ ⁽⁸⁷⁾.

giudicante sembra quello di ottenere una tutela “rafforzata” – e in parte “forzata” – rispetto a una situazione considerata del tutto *sui generis*.

⁽⁸²⁾ App. Trento, cit., p. 17.

⁽⁸³⁾ Trib. Trento n. 86/2020, cit., pp. 16-17.

⁽⁸⁴⁾ App. Trento, cit., pp. 20-21.

⁽⁸⁵⁾ App. Trento, cit., p. 12.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 13.

⁽⁸⁷⁾ A conferma della possibile legittimità della tesi, sembra conferente il richiamo di certa giurisprudenza in materia di recesso, *ante tempus*, dal contratto a tempo determinato: «La risoluzione anticipata senza giusta causa del contratto a tempo determinato va regolata dalle norme del codice civile, per cui, ai sensi degli artt. 1223 ss., il

Di guisa che, anche in considerazione che la sentenza “presupposto” numero 303 userebbe «il riferimento all’integralità della corresponsione [retributiva] per dimostrare che l’obbligo di reintegrazione patrimoniale del datore di lavoro, essendo destinato ad aumentare, [è] un deterrente adeguato rispetto all’inosservanza dell’ordine giudiziale», senza nulla dire, invece, rispetto a «un diverso titolo in forza del quale sono dovute le retribuzioni», l’obbligo di corrispondere le retribuzioni in assenza di prestazione – a questo punto solo “letterale” – sarebbe comunque compatibile ovvero coerente – dunque da perseguire giudizialmente – «con un’obbligazione a titolo di risarcimento del danno»⁽⁸⁸⁾.

Tuttavia, a parere di chi scrive, pur sostenute dalla difficilmente opinabile critica circa la mancata esplicitazione dei contenuti dei principi costituzionali che impongono questa particolare tutela, limitandosi le Sezioni Unite a richiamare gli artt. 3, 36 e 41⁽⁸⁹⁾ (§ 1.2), le argomentazioni del Collegio di Trento sembrano formare, al più, una valida alternativa “di risultato” ma non anche persuadere, in senso contrario, quella che a tutti gli effetti risulta essere una esplicita e consapevole scelta interpretativa di principio ossia di superare la regola sinallagmatica di corrispettività⁽⁹⁰⁾, avuto riguardo della particolare pregnanza dei diritti riconosciuti al lavoratore⁽⁹¹⁾ che, peraltro, la stessa corte, *obiter dictum*, sembra ravvisare⁽⁹²⁾.

Al termine di una accurata disamina – che già comprende il primo grado di Trento –, fra natura “retributiva” e “risarcitoria”, la magistratura di Siena sceglie invece una sorprendente “terza via”.

Invero, supposto – ma non particolarmente approfondito – che, in specie, «non c’è dubbio alcuno che il lavoratore, pretenda una doppia retribuzione a fronte di una sola prestazione» talché è da escludersi la copertura costituzionale del giusto salario (art. 36 Cost), già percepito dal lavoratore, il fondamento della pretesa va ricercato altrove «e non è difficile trovarlo in un titolo non retributivo, al di là di ogni nominalismo, non risarcitorio, bensì sanzionatorio»⁽⁹³⁾.

E questo ermeneutico *tertium genus*, tenuto conto della “esperienza” della tutela riconosciuta in caso di illegittimo licenziamento (in specifico del licenziamento “nullo” ex art. 18 c. 1), renderebbe possibile una soluzione che «senza favorire una doppia retribuzione non dovuta, mantenga una portata dissuasiva [e come] qualsiasi misura di coercizione indiretta, determinata nel suo ammontare «tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile” (art. 614-bis co. 2 cpc), contenendosi nel caso concreto il danno esclusivamente non patrimoniale subito dai lavoratori e solo potenzialmente patrimoniale, con una istanza dissuasiva, secondo parametri nel sistema rinvenibili (v. sopra, art. 18 l. 1970/n. 300)»⁽⁹⁴⁾.

Per tali ragioni, si conclude per una condanna, in favore del lavoratore, pari a un numero di 5 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto.

danno che il prestatore d’opera eventualmente subisce per effetto dell’arbitrario recesso va sancito mediante la retribuzione complessiva, che egli avrebbe riscosso sino alla scadenza concordata del rapporto, detratti quei proventi che il lavoratore, dopo la risoluzione del rapporto abbia conseguito, usando la ordinaria diligenza, da una nuova attività lavorativa» (cfr. Cass. 13 settembre 1997, n. 9122, *Motivi della decisione*, sub 4).

⁽⁸⁸⁾ App. Trento, cit., p. 16.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 13.

⁽⁹⁰⁾ Cass., sez. un., n. 2990/2018, cit., *Ragioni della decisione*, sub 15.

⁽⁹¹⁾ C. cost. n. 29/2019, cit., *Considerato in diritto*, sub 5.

⁽⁹²⁾ Invero, è la stessa Corte d’Appello che a pagina 13, successivamente all’equiparazione del contratto di lavoro a qualsiasi altro contratto di fornitura specifica: «ferma restando la diversa valenza e incidenza dell’inadempimento datoriale sulla sfera personale e sulle condizioni di vita del lavoratore».

⁽⁹³⁾ Trib. Siena n. 89/2020, cit., *Motivi della decisione*, sub 1.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, sub 3.

Senonché, per quanto ingegnosa, la pronuncia sembra porsi fuori dal campo delle possibili “parafrasi”, risultando, in un senso, apertamente in contrasto con il complessivo pensiero giurisdizionale di legittimità che – pur essendo oggi compatibile con l’ordinamento una funzione sanzionatoria delle obbligazioni risarcitorie ⁽⁹⁵⁾ – non intende veicolare strumenti di coazione indiretta ⁽⁹⁶⁾, in altro, proprio quanto dallo stesso giudicante indesiderato ossia “creativa” poiché di tutta evidenza come l’esasperata “analogia” percorsa, risulti poco attenta alla sostenibilità “sistemica” e applicativa della soluzione proposta.

4.4. La “doppia” retribuzione

Per quanto inerisce la seconda categoria di “riserve” ossia il problema – presunto – di una “doppia” retribuzione (che dà, in gergo, anche il nome al contenzioso ⁽⁹⁷⁾), si potrebbe compendiare la sua genesi, al di là delle differenti declinazioni che seguiranno, in alcune interconnesse osservazioni, fin dal principio (op)poste, ma, tuttavia, ai “gradi” superiori trascurate.

In particolare, si fa riferimento al fatto che nel caso di trasferimento di ramo d’azienda – ancorché lavoristicamente nullo – essendo mancato l’allontanamento, fisico, dal posto di lavoro ⁽⁹⁸⁾, il lavoratore presterebbe nei confronti del cessionario la stessa identica attività che avrebbe dovuto prestare a favore del cedente ⁽⁹⁹⁾.

Secondo il Tribunale di Trento, a cui peraltro anche il giudice di Roma fa espresso riferimento ⁽¹⁰⁰⁾, a ciò conseguirebbe che, pur ritenendo persuasiva la considerazione secondo cui l’accertamento dell’illegittimità della cessione fa emergere due rapporti ⁽¹⁰¹⁾, uno *de iure*, con il datore già, ma non più cedente, l’altro *de facto*, con il già, ma non più cessionario, non sarebbe, invece, convincente l’assunto per cui la prestazione del lavoratore sia solo apparentemente “unica”.

Per dimostrare ciò, come è solito l’estensore ⁽¹⁰²⁾, si percorre, in punta di diritto, una via decisamente “tecnica”.

In sintesi estrema, esplicitando gli elementi che caratterizzano la “fattispecie” complessa della *mora credendi* («1) intimazione del creditore, ai sensi dell’art. 2017 cod.civ [...] 2) rifiuto o inerzia del creditore ex art. 1206 cod.civ.; 3) trasferimento a carico del creditore moroso del rischio dell’impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore [...]; 4) sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa (di regola per il già richiamato principio *operae praeteritae sunt peritae*, vale a dire [...] “La prestazione della giornata lavorativa dovuta il 1 aprile scade nell’ultimo istante di quel giorno; ma in questo medesimo istante l’opera del 1 aprile, che il lavoratore non ha potuto prestare, diventa, in questo senso, *opera praeterita*”); 5) insorgenza del diritto/obbligazione afferente la retribuzione in ragione del trasferimento del rischio sub 3), che comporta la deroga all’art. 1463 cod. civ., il quale, di regola, nei contratti con prestazioni corrispettive preclude alla parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta di chiedere la controprestazione»), si sostiene «che il diritto del lavoratore alla retribuzione sorge nei confronti del creditore moroso non già, come ritiene la Suprema Corte, perché la prestazione è stata “giuridicamente resa”, ma quale effetto legale

⁽⁹⁵⁾ Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, *Ragioni della decisione*, sub 5.1.

⁽⁹⁶⁾ Cass. n. 17784/2019, *Ragioni della decisione*, sub 8.

⁽⁹⁷⁾ Si ha conferma in Trib. Siena n. 89/2020, *Motivi della decisione*, sub 1.

⁽⁹⁸⁾ Cass., sez. un., n. 2990/2018, *Ragioni della decisione*, sub 8.

⁽⁹⁹⁾ C. cost. n. 29/2019, *Ritenuto in fatto*, sub 2.

⁽¹⁰⁰⁾ Trib. Roma n. 113/2021, p. 3.

⁽¹⁰¹⁾ Si fa presente che nemmeno il Tribunale di Siena smentisce la duplicità dei rapporti.

⁽¹⁰²⁾ Chi scrive ritiene il dott. Flaim Giorgio una delle “penne” giurisdizionali più capaci e, perciò, autorevoli.

di una fattispecie che [...] annovera tra i suoi elementi costitutivi la sopravvenuta impossibilità della prestazione medesima»⁽¹⁰³⁾.

Di qui l'inconfigurabilità di una doppia esecuzione – una, dunque, per “presupposto” civilistico impossibile – che, al contrario, nel mentre di due rapporti giuridicamente sussistenti, permarrrebbe unica, avendo questi per oggetto la medesima prestazione di lavoro e, di riflesso, la medesima contro-debbonza retributiva.

Ad avviso dello scrivente, al netto del rimando all'articolo 1463 c.c., che pare trascurare la già citata “sequenza” giuridica (§ 2.3) della relazione dipendente, l'argomentazione testé sembra essere la più solida – almeno tecnicamente – fra quelle offerte.

Tuttavia, anche in questa occasione, dove il giudice di Trento sembra concludere per una sorta di virtuale “codatorialità”⁽¹⁰⁴⁾, la pur valida esegesi normativa sembra eccessivamente “asettica” laddove ignora una delle premesse del nuovo orientamento ossia l'esigenza di protezione del lavoratore – soprattutto – oltre la dimensione patrimoniale, tenuto conto, come già detto (§ 1.2), della tipicità del rapporto di lavoro, non direttamente discendente dalla natura corrispettiva delle obbligazioni reciproche, ma costituita dal diretto coinvolgimento, nella esecuzione del contratto, della persona, con conseguente potenziale ricaduta dei provvedimenti datoriali su aspetti non meramente patrimoniali ma connessi a fondamentali esigenze di vita del prestatore, oggetto di protezione, anche costituzionale, da parte dell'ordinamento⁽¹⁰⁵⁾.

Diversamente, già in premessa, la corte d'appello di Trento sembra percorrere un'interpretazione “concreta” della “fattispecie”⁽¹⁰⁶⁾, ponendo in evidenza il legame sostanziale intercorrente – in modo necessario – fra i soggetti coinvolti nella vicenda “circolatoria” e giungendo, per questo, a convincimenti ancor più “radicali” rispetto al primo grado.

Infatti, precisato che le Sezioni Unite nulla avrebbero statuito, in via generale, sulla sorte dei pagamenti ricevuti dai lavoratori «mai estromessi dall'azienda e che hanno continuato a rendere la prestazione nella stessa organizzazione aziendale, sia prima sia dopo la cessione, sia, infine, dopo la re-incorporazione della cessionaria da parte della cedente»⁽¹⁰⁷⁾, il collegio trentino ritiene che la ricostruzione operata dalle medesime non consideri, adeguatamente, il rapporto tra cedente e cessionario.

A sostegno, concentrandosi sulla disciplina *ex* articolo 2112 c.c., si rappresenta che l'impugnazione del lavoratore non richiede un litisconsorzio necessario, non è diretta a una pronuncia che regoli i rapporti tra i “potenziali” datori e ha natura “dichiarativa”, di mero accertamento e non “costitutiva”.

Di guisa che, due soli potrebbero essere gli effetti processuali nella relazione fra (ex) cedente ed (ex) cessionario «di cui peraltro [il primo] (per tutte Cass. n. 19804/16) sarebbe in contraddizione con l'esclusione del litisconsorzio necessario: a) la pronuncia [...] tra cedente e lavoratore travolge anche il contratto tra cedente e cessionario, con la conseguenza che il ramo d'azienda ceduto (con tutti i rapporti giuridici che alla stessa fanno capo) è nuovamente nella titolarità del cedente, il quale necessariamente [...] è il soggetto imprenditore/datore di lavoro che riceve la prestazione, sia pure attraverso atti di gestione dell'ex cessionario, con la conseguenza che il cessionario che paga la retribuzione adempie a una obbligazione altrui; b) la pronuncia non travolge la cessione dell'organizzazione aziendale e allora il cessionario, in forza del contratto di cessione che ha per oggetto la gestione di un segmento aziendale, è obbligato

⁽¹⁰³⁾ Trib. Trento n. 86/2020, cit., pp. 14-15.

⁽¹⁰⁴⁾ Di fatto, la configurazione proposta si identifica in un rapporto plurisoggettivo, concernente due contitolari di unica prestazione. Sulla “codatorialità” Cass. 11 febbraio 2019, n. 3899, e Cass. 12 febbraio 2020, n. 3339.

⁽¹⁰⁵⁾ Così anche Cass. 11 maggio 2018, n. 11408, *Ragioni della decisione*, sub 10.5.

⁽¹⁰⁶⁾ App. Trento 10 dicembre 2020, cit., p. 14.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*.

nei confronti del cedente ad assumere in proprio le obbligazioni che discendono dal trasferimento d'azienda, comprese quelle ex lege di dare esecuzione ai contratti di lavoro [e] nel contempo però spiega effetti anche nei suoi confronti l'accertamento della nullità [...] della cessione del contratto di lavoro [...] che permane unico e valido così come stipulato tra cedente e lavoratore. Anche in questa ipotesi quindi in forza della pronuncia dichiarativa, il contratto di lavoro, eliminata la cessione, si ricostituisce in capo al cedente e il cessionario, che non è più tale, ma rimane obbligato nei confronti del cedente, agisce nell'ambito del rapporto con il lavoratore come sostituto del cedente in forza delle obbligazioni derivanti dal contratto ed ex lege nei rapporti con quest'ultimo (Cass. n. 6755/15, n. 9803/15).

In entrambi i casi il rapporto di lavoro, che nasce come rapporto unico, in forza di un unico contratto con il cedente, viene accertato nella sua continuità in capo al cedente [...] non avendo mai il lavoratore stipulato alcun contratto con il cessionario o dato il suo consenso alla cessione [e] il cessionario nel rapporto con il lavoratore-creditore paga un debito altrui e ha un interesse proprio al pagamento del debito del cedente nei confronti dei lavoratori in ragione del regolamento dei rapporti necessariamente connessi e seguenti al contratto di cessione del ramo d'azienda, valido o invalido che lo si voglia considerare»⁽¹⁰⁸⁾.

Tale impostazione, che con esiti differenti, sembra anche trovare una qualche affinità di pensiero con la magistratura senese⁽¹⁰⁹⁾, sembra comunque confliggere – almeno in parte – con la vera *ratio* sottesa alla disciplina del trasferimento ossia di esprimere il principio dell'inerenza dei rapporti di lavoro al complesso aziendale, che prescinde dal suo *status* giuridico e al quale rimangono legati in tutti i casi in cui questo – pur modificato nella “titolarità” – resti immutato nella sua struttura organizzativa e nell'attitudine all'esercizio dell'impresa⁽¹¹⁰⁾.

Per vero, in entrambe le esaminate ipotesi, a fronte di una “organizzazione” (seppur minima e ancorché non sufficiente *ex art.* 2112 c.c.) oggetto del contratto fra cedente e cessionario che “retrocede” – ipotesi *a*) – o definitivamente si “trasferisce” – ipotesi *b*) –, ne sussiste del pari, in via presuntiva e salva prova contraria, una diversa e coeva “diretta” – ipotesi *a*) – dal cessionario o – ipotesi *b*) – dal cedente.

In sostanza, la minuziosa argomentazione disposta dalla corte appare lacunosa nella parte in cui non ammette, a presupposto della negata duplicità dei rapporti, la contemporanea esistenza di due organizzazioni aziendali, finendo col considerare la prestazione materialmente eseguita alla stregua di una attività resa in “trasferita”⁽¹¹¹⁾ – ipotesi *a*) – o in “distacco”⁽¹¹²⁾ – ipotesi *b*) –, oltre a reprimere parte del ragionamento dalla medesima riconosciuto ovvero che «fino a quando non viene accertata definitivamente la nullità del contratto che lega [cedente e cessionario] vi è un interesse del cessionario alla continuazione dell'attività aziendale, a ricevere la prestazione inserita nell'organizzazione aziendale e a retribuire il lavoratore»⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ App. Trento, cit., pp. 21-23.

⁽¹⁰⁹⁾ «Ci parrebbe difficile considerare il cessionario un “qualsiasi altro soggetto terzo”, un “qualsiasi altro datore di lavoro”, proprio per la relazione giuridica circolatoria tra cedente e cessionario» (*Motivi della decisione, sub 2-bis*).

⁽¹¹⁰⁾ F. AVANZI, *La disciplina del “trasferimento” nell'avvicendamento di appalti*, in *LDE*, 2021, n. 1, p. 5 e giurisprudenza ivi citata.

⁽¹¹¹⁾ Il lavoratore, mediante «atti di gestione» di un terzo, presta temporaneamente servizio fuori dalla “retrocessa” organizzazione del cedente.

⁽¹¹²⁾ Il lavoratore è temporaneamente posto in distacco (sotto la direzione) presso la comunque “trasferita” organizzazione del cessionario.

⁽¹¹³⁾ App. Trento 10 dicembre 2020, cit., p. 19.

Osservazioni conclusive

In epilogo al presente contributo, si permettano alcune conclusive osservazioni.

Innanzitutto, riguardo alla genesi – in senso finalistico – del discusso *revirement*, pare indubbio che, benché tecnicamente veicolata da lamentate disparità di trattamento e assenza di effettiva protezione giurisdizionale, la novellata interpretazioni trovi sostanza nella tutela soggettiva dell'individuo (il lavoratore), quale sua principale ragione, riconoscendo nel contratto di lavoro, rispetto agli altri contratti sinallagmatici, quella “specialità” causata dalla compenetrazione tra l'obbligazione di lavorare e la persona del lavoratore ⁽¹¹⁴⁾.

In tal guisa, più che di una corrispettività a “matrice giurisprudenziale” ⁽¹¹⁵⁾, il precipitato logico-giuridico sembra consapevolmente ambire a un concetto di “temperata” ⁽¹¹⁶⁾ corrispettività.

Di qui muovendo, pur non discutendone la qualità argomentativa, a parere, ben oltre il “minimo motivazionale” richiesto (§ 4.1), le avverse ma frammentarie e, in più d'una occasione, discordanti pronunce del merito, rappresentano, sì, nuove atomistiche esegesi, ma, forse, in senso “sistematico”, non a tal punto “determinanti” da piegare su di sé la precisa “scelta di campo” (§ 1.2) effettuata dalle corti superiori.

In questo senso, detto che decisivi risulteranno gli “specifici” ⁽¹¹⁷⁾ giudizi di legittimità, anche le ripetute obiezioni mosse sul “metro” della disciplina dei licenziamenti o sulla impossibilità fisica di una seconda prestazione restano, a ogni buon conto, inestinguibilmente opinabili.

Per vero, sul primo aspetto, oltre a ribadire quanto già in precedenza evidenziato ossia che la natura risarcitoria delle indennità da illegittimo recesso è frutto di una rinnovata – e non originaria ⁽¹¹⁸⁾ – discrezionalità del legislatore, rappresentando, dunque, indizio potenzialmente contrario alla tesi sostenuta, preme anche rilevare che stilare una “classifica” di ciò che risulta più «odioso e foriero di gravi apprensioni per il proprio futuro» – quindi meritevole di maggior tutela – «fra il subire un illegittimo cambio di casacca [...] e subire un licenziamento, ad es. nullo per discriminazione di genere, oppure ritorsivo, o un licenziamento per giusta causa del tutto insussistente» ⁽¹¹⁹⁾, resta questione di prospettiva ⁽¹²⁰⁾ e, comunque, estremamente aleatoria se rimessa, in termini di effetti, a valutazioni *ex post*, condizionate, paradossalmente, dal comportamento, più o meno attivo, più o meno necessario (a sé e ai propri famigliari) del soggetto leso.

⁽¹¹⁴⁾ P. PASCUCI, *op. cit.*, p. 14.

⁽¹¹⁵⁾ F. MARASCO, *Note intorno alla configurabilità di una “doppia retribuzione” in caso di trasferimento d'azienda illegittimo*, in *LPO*, 2019, n. 9-10, p. 574.

⁽¹¹⁶⁾ F. AVANZI, [La retribuzione nel contratto di lavoro subordinato, oggi](#), Working Paper ADAPT, 2020, n. 4, pp. 7-9.

⁽¹¹⁷⁾ Si intende riferirsi all'impugnazione delle pronunce di merito in esame.

⁽¹¹⁸⁾ Si rinvia alle note 17, 39 e relativi passi del contributo.

⁽¹¹⁹⁾ Trib. Siena n. 86/2020, cit., *Motivi della decisione*, sub 3.

⁽¹²⁰⁾ Infatti anche un illecito trasferimento d'azienda può considerarsi “situazione” particolarmente esecrabile dal punto di vista giuridico. In questi casi, di norma, retroagisce una operazione fittizia che cela finalità “espulsive” ossia non solo è insussistente alcuna ragione organizzativa e/o contrattuale (art. 3, l. n. 604/1966) alla base dell'estromissione dall'azienda, ma nemmeno è palesata formalmente la responsabilità datoriale, difettando “atti” unilaterali incidenti il contratto e rendendo, perciò, ancora più difficoltosa una piena consapevolezza del lavoratore coinvolto e, di conseguenza, l'accertamento, da sua parte, della propria sfera soggettiva del diritto.

Del pari, sulla seconda osservazione, al netto delle disamine tecniche e dei leciti ⁽¹²¹⁾ dubbi sull'identità della prestazione, resta incontrovertito che sul piano "materiale", una seconda prestazione permane possibile essendo, al più, amministrativamente ⁽¹²²⁾ non ammessa.

Piuttosto, immaginando il consolidarsi del formante giurisprudenziale che postula la natura retributiva, indetraibile, dell'obbligazione di fonte contrattuale, è plausibile immaginare linee ulteriori di giuridico sviluppo.

Si rifletta, a esempio, sulla teorica possibilità che la debenza retributiva, a fronte della messa in mora, decorra anche precedentemente alla data della pronuncia "dichiarativa" del rapporto che, a tutti gli effetti, ristabilisce e non stabilisce la *lex contractus*.

Ed effettivamente, come da acute osservazioni ⁽¹²³⁾, rilevato che «la sentenza nulla toglie e nulla aggiunge ad una realtà di fatto preesistente, qual è quella per cui il rapporto di lavoro tra il dipendente-ricorrente ed il datore di lavoro-cedente non si è mai interrotto [e che], *rebus sic stantibus*, l'illecito commesso dal datore [...] è un illecito che si protrae e si rinnova ogni giorno, senza soluzione di continuità, dalla data di cessione e sino all'effettiva riammissione in servizio del lavoratore», né deriverebbe anche che, essendo «questo unico e permanente, come unica è anche la "fonte" dello stesso (*id est*: l'allontanamento dall'azienda), unica dovrebbe altresì essere la qualificazione dell'obbligazione che ne consegue».

Ma un siffatto e meritevole ragionamento non può che ritenersi "palindromo", valevole cioè in un "senso", quello "risarcitorio", ma anche nell'altro, quello "retributivo".

In ultimo, volendo considerare la sua «portata tendenzialmente generale», il nuovo orientamento si porterebbe anche appresso, in termini di "diritto effettivo", risvolti di estrema "praticità", potendo in tal caso "convertire" la recente prassi ministeriale ⁽¹²⁴⁾ e ammettere, dunque, lo strumento della diffida accertativa (*ex art. 12, d.lgs. n. 124/2004*) anche a tutela dei crediti patrimoniali derivanti da differenze retributive maturate in ragione della unilaterale riduzione dell'orario di lavoro da parte datoriale.

⁽¹²¹⁾ A parere di chi scrive, residuano ipotesi dove la prestazione, a seguito di un rigoroso accertamento fattuale, potrebbe davvero considerarsi la medesima. A esempio, nel caso – limite – di un trasferimento d'azienda a una c.d. *Newco* "cartiera" (creata cioè ad *hoc* ed esistente solo sulla "carta") a cui viene, senza soluzione di continuità, appaltata l'attività "ceduta".

⁽¹²²⁾ Il riferimento va alle limitazioni in materia di "orario di lavoro" (in particolare artt. 4, 7 e 9, d.lgs. n. 66/2003). In caso di superamento dei limiti temporali ammessi per la prestazione resa, in favore di uno o più datori, la condotta/esecuzione del lavoratore, pur idonea a perfezionare un illecito amministrativo, non potrà certamente ritenersi nulla (art. 2126 c.c.).

⁽¹²³⁾ Ancora F. MARASCO, *op. cit.*, pp. 575-576.

⁽¹²⁴⁾ Invero, secondo la nota giuridica dell'Ispettorato nazionale del lavoro 17 marzo 2021, n. 441, «sembra indubitabile che l'accertamento in ordine alla sussistenza ed alla quantificazione di questo tipo di rivendicazioni economiche del lavoratore debba essere di esclusiva pertinenza dell'autorità giudiziaria».